

Prof. Dr. Mario Martini/Ref. iur. Benjamin Kühl*

DER INFORMIERENDE STAAT ALS KATALYSATOR DER MEINUNGSBILDUNG IM DIGITALEN ZEITALTER

I. Rationalität und grundrechtliche Dimensionen staatlichen Informationshandelns	2
II. Allgemeine Rechtfertigungsanforderungen an staatliches Informationshandeln	3
III. Erscheinungsformen und ihre rechtliche Bewertung	5
1. Unmittelbares staatliches Informationshandeln	5
a) Staatliches Informationshandeln in der analogen Welt	5
aa) Überblick	5
bb) Warnung vor E-Zigaretten	8
cc) Konrad Löw versus Bundeszentrale für politische Bildung	8
b) Staatliches Informationshandeln im Internet	9
aa) Klassisches Informationshandeln mit staatlichen Eigeninformationen via Internet	10
(1) Das Europäische Register von Agrarsubventionsempfängern	11
(2) Das Vermittlerregister nach § 11a GewO	12
(3) „Pankower Ekelliste“ und „Sicher essen in Berlin“	12
(4) Pflege-TÜV	13
bb) Kollaboratives Informationshandeln im Web 2.0	15
(1) Polizeifahndung via Facebook	15
(2) Bewertungsportale, insbesondere die „Weiße Liste“ der AOK	16
2. Mittelbares staatliches Informationshandeln	17
a) Staatliche Finanzierung privater Informationshandlungen, das Beispiel „Lebensmittelklarheit.de“	17
b) Inpflichtnahme Privater als Informationsmittler	19
IV. Schlussfolgerungen für die Grundrechtsdogmatik	22
V. Fazit und Ausblick	24

* Mario Martini ist Lehrstuhlinhaber an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. Benjamin Kühl ist Forschungsreferent am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung.

So rasant wie die Welt der Medien so schnell und nachhaltig wandelt sich im digitalen Zeitalter auch das staatliche Informationshandeln. Die Vielfalt seiner neuen Erscheinungsformen reicht von der Veröffentlichung der Namen von Agrarsubventionsempfängern und von Hygienekontrollen in Restaurants, über die Anprangerung täuschender Lebensmittelaufmachungen („Lebensmittelklarheit.de“) und die Bewertung von Ärzten und Pflegeeinrichtungen („Pflege-TÜV“) bis zum Preisvergleich für Benzin. Der Beitrag macht es sich zur Aufgabe, diese modernen Typen staatlichen Informationshandelns auf der Grundlage aktueller Anwendungsfälle in einem Überblick zu systematisieren und einer grundrechtsdogmatischen Würdigung zu unterziehen.

I. RATIONALITÄT UND GRUNDRECHTLICHE DIMENSIONEN STAATLICHEN INFORMATIONSHANDELNS

Informationen sind der Sauerstoff der Demokratie. Als Grundlage der Meinungsbildung vermitteln sie Orientierungswissen über die Realität. Auf ihren Zirkulationsprozess wirkt der Staat als Informationsmittler in vielen Bereichen seiner Aufgabenwahrnehmung ein. Er beschränkt sich dabei nicht auf politische Aufklärung, Unterrichtung oder Berichterstattung als Teil einer allgemeinen Öffentlichkeitsarbeit, versteht staatliches Informationshandeln mithin nicht alleine als meritorischen Beitrag zur demokratischen Meinungs- und Willensbildung. Vielmehr setzt er seine Informationstätigkeit bewusst auch als Instrument der Verhaltenssteuerung, insbesondere im Interesse des Verbraucherschutzes, ein:¹ Er spricht Warnungen vor gesundheitsgefährdenden Lebensmitteln aus oder gibt Empfehlungen,² etwa durch die Auszeichnung besonders umweltfreundlicher Produkte oder Dienstleistungen mit dem Umweltzeichen „Blauer Engel“. Er reagiert damit auf einen ökonomischen und gesellschaftlichen Befund: Nicht immer bringen der Markt und der innergesellschaftliche Meinungs- und Willensbildung in der notwendigen Schnelligkeit qualitativ hochwertige Informationen hervor, die als Grundlage der Meinungsbildung für aufgeklärte oder sachlich richtige Entscheidungen bür- gen. Entscheidungsrelevante Informationen sind häufig ungleich verteilt.

Informationsasymmetrien sind „Sand im Getriebe“ funktionierender Märkte. Sie auszugleichen sieht sich der Staat dann bisweilen im Interesse staatlicher Gefahrenvorsorge veran- lasst.³

¹ Zu den Typen der Information *Friedrich Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2007, § 37, Rn. 62 ff.

² Zu dem Sonderfall der Abstimmungsempfehlungen bei Bürger- oder Volksentscheiden *Mario Martini*, Wenn das Volk (mit)entscheidet..., 2011, S. 58 ff.

³ Eingehend zu den ökonomischen Implikationen *Mario Martini*, Ein Patienten-TÜV für Ärzte?, DÖV 2010, 573 (574).

Amtliche Informationen genießen in der Bevölkerung großes Vertrauen.⁴ Die Bürger richten ihr Verhalten an ihnen aus: Sie meiden den Kauf von Produkten, etwa von vermeintlich kontaminierten Gurken oder tatsächlich infizierten Sprossen, vor denen der Staat im Sommer 2011 im Kampf gegen EHEC-Erreger gewarnt hat. Imageverluste und große finanzielle Einbußen für die betroffenen Unternehmen bis hin zur Insolvenz sind die Folge. Damit gehen Beeinträchtigungen der grundrechtlichen Freiheitsbereiche Betroffener einher, die grundrechtsdogmatisch nur schwer greifbar sind: Staatliches Informationshandeln tritt als weiche Handlungsform nicht in der Gestalt von Ge- oder Verboten auf. Die unmittelbare Beeinträchtigung liegt nicht in der Hand des Staates, sondern der der Informationsadressaten. Gleichwohl kann sie eine vorhersagbare, das Verhalten der Marktakteure gezielt lenkende bzw. bewusst in Kauf genommene Folge der staatlichen Informationstätigkeit sein.

II. ALLGEMEINE RECHTFERTIGUNGSANFORDERUNGEN AN STAATLICHES INFORMATIONSHANDELN

Gleicht der Staat ein Informationsgefälle zwischen Verbrauchern und Anbietern aus, handelt es sich dabei aus der Sicht des BVerfG nicht zwingend um einen Grundrechtseingriff, der den Vorbehalt des Gesetzes auslöst. Vielmehr stuft das Gericht mittelbar-faktische Einwirkungen auf den Wettbewerb, welche die Markttransparenz durch zutreffende und sachlich gehaltene Informationen fördern und damit die Selbstheilungskräfte des Marktes als Funktionsbedingungen des Art. 12 Abs. 1 GG ergänzen, grundsätzlich als nicht eingriffsäquivalent ein. Die Freiheit der Teilnahme am Wettbewerb unterstellt es einem Informationstätigkeitsvorbehalt, der dem Gesetzgeber bei multipolaren Grundrechtslagen grundsätzlich einen Freiraum austarierender Interessenzuordnung zugesteht.

Zentrale Wegmarken der grundrechtsdogmatischen Einordnung staatlichen Informationshandelns setzten die Entscheidungen des BVerfG zu Glykol⁵ und zur Osho-Bewegung⁶. Die Schwelle zum Eingriff sieht das Gericht seither erst dann als überschritten an, wenn die staatliche Information „in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz einer grundrechtseingreifenden Maßnahme“ („funktionales Äquivalent“) ist.⁷

Auch unterhalb dieser Schwelle sind die staatlichen Organe in ihrem Informationshandeln jedoch nicht von rechtlichen Bindungen frei: Ihr Handeln stellt sich nur dann als zulässiges (vom Gesetzesvorbehalt befreites) Informationshandeln dar, wenn sie (1.) damit eine staatliche Aufgabe wahrnehmen, (2.) die Kompetenzordnung wahren sowie (3.) den Sachverhalt im

⁴ Fritz Ossenbühl, Verbraucherschutz durch Information, NVwZ 2011, 1357 (1357 f.); Annette Guckelberger, Rechtliche Anforderungen an die aktive Informationsvorsorge des Staates im Internet, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des virtuellen Raums, 2012, S. 73 (77 f.).

⁵ BVerfGE 105, 252 ff.

⁶ BVerfGE 105, 279 ff.

⁷ BVerfGE 105, 252 (273); 105, 279 (303).

Rahmen des Möglichen sorgsam und verlässlich aufklären⁸. Die Informationen müssen (4.) dem Gebot der Sachlichkeit und (5.) Richtigkeit sowie (6.) der Verhältnismäßigkeit entsprechen.⁹ Insbesondere sind die Dauer und die Reichweite der Publikumsinformation auf das zur Erreichung des Zieles Notwendige zu beschränken. Der Staat darf sich dabei durchaus kritisch mit den Anbietern auseinandersetzen,¹⁰ nicht aber – wie etwa im Falle Osho¹¹ – diskriminieren oder diffamieren.

Mit seiner Rechtsprechung zu Osho und Glykol begründet das BVerfG ein dogmatisches Sonderregime für staatliches Informationshandeln, das dem Grundrechtsschutz einen Bären dienst erweist.¹² Das Gericht hat die Entscheidungen vom Ergebnis her gedacht. Es opfert das Verbot, von der Aufgabe auf die Befugnis zu schließen, einer ergebnisorientierten Subsumtion und setzt die schützende Funktion des Gesetzesvorbehalts und der Zuständigkeitsordnung im Bereich staatlichen Informationshandelns unter Rückgriff auf die „Aufgabe der Staatsleitung“ teilweise außer Kraft.¹³ Die Komplexität und Unvorhersehbarkeit der betroffenen Sachverhalte und die damit korrespondierende Unbestimmtheit einer Eingriffsgrundlage rechtfertigen den Verzicht auf eine gesetzliche Grundlage nicht.¹⁴ Gleiches müsste sonst auch für die polizeirechtliche Generalklausel gelten.¹⁵ Vielmehr entspricht eine generalklauselartig gefasste Eingriffsgrundlage dem Querschnittscharakter staatlicher Informationsmaßnahmen. Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GGbürden dem Staat in der Risikoverteilung zwischen ihm und den Grundrechtsträgern eine Rechtfertigungslast auf: Die Abwehrfunktion der Grundrechte gebietet regelmäßig eine Legitimation für das eigene Informationshandeln – gleich welcher Ausprägung – in Gestalt eines ermächtigenden Gesetzes. Jedenfalls die warnende Information ruft regelmäßig adäquat-kausal¹⁶ die intendierte, zumindest aber in Kauf genommene Reaktion der Bürger hervor. Indem das BVerfG staatliche Informationsmaßnahmen vom Gesetzesvorbehalt freistellt und auf eine fehlende Berechenbarkeit der

⁸ BVerfGE 105, 252 (272).

⁹ BVerfGE 105, 252 (272 f.).

¹⁰ BVerfGE 105, 252 (265, 268).

¹¹ Die Bundesregierung bezeichnete die Osho-Bewegung als „destruktiv“, „pseudoreligiös“ und unterstellte ihr Mitgliedermanipulation, BVerfGE 105, 279 (294).

¹² *Dietrich Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, NVwZ 2003, 1 (3, 5); *Peter Huber*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand, JZ 2003, 290 (297); *Schoch*, Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, NJW 2012, 2844 (2847) jeweils m. w. N.

¹³ Schoch (Fn. 12), 2846.

¹⁴ So aber BVerfGE 105, 279 (304 f.).

¹⁵ *Jan Henrik Klement*, Der Vorbehalt des Gesetzes für das Unvorhersehbare, DÖV 2005, 507 (514).

¹⁶ So auch *Thorsten Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit in den Erscheinungsformen Warnung, Empfehlung und Aufklärung, 2000, S. 193, 202.

Konstellationen rekurriert, gibt es den Grundrechtsschutz gesetzgeberischem Belieben preis.¹⁷

III. ERSCHEINUNGSFORMEN UND IHRE RECHTLICHE BEWERTUNG

Die Warnungen vor Osho und Glykol liegen mittlerweile gut 30 Jahre zurück. Neue Gefahrenquellen, das Sinken der staatlichen Vorsorgeschwelle und der Aufstieg des Internets zu einem universellen Kommunikationsmittel haben staatlichem Informationshandeln inzwischen gänzlich neue Anwendungsbereiche und technische Möglichkeiten erschlossen. Von ihnen macht der Staat zusehends Gebrauch. Sowohl für überkommene analoge als auch digitale Erscheinungsformen staatlichen Informationshandelns hat der Gesetzgeber unterdessen in reicher Zahl gesetzliche Grundlagen geschaffen, die insbesondere den Verbraucherschutz stärken sollen. Darüber hinaus entwickeln die Behörden auf der Grundlage überkommener gesetzlicher Vorschriften bisweilen neue Wirkungsräume präventiver Informationspolitik.

1. UNMITTELBARES STAATLICHES INFORMATIONSHANDELN

A) STAATLICHES INFORMATIONSHANDELN IN DER ANALOGEN WELT

AA) ÜBERBLICK

Zu den prominentesten gesetzlichen Eingriffsinstrumenten staatlichen Informationshandelns sind das Verbraucherinformationsgesetz (VIG), das Produktsicherheitsgesetz (ProdSG) und die Bestimmungen des § 40 Abs. 1, 1a Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) i. V. m. Art. 10 Lebensmittelbasisverordnung¹⁸ (BasisVO) avanciert.

Sie bilden die Antwort auf das strukturelle Informationsgefälle zwischen Lebensmittelunternehmen und Verbrauchern sowie die vermehrt auftretenden Skandale in der Lebens- und Futtermittelindustrie (z. B. „Gammelfleisch“ und „Dioxin“).¹⁹ Die zuständigen Lebensmittelbehörden dürfen die Öffentlichkeit nunmehr unter Nennung des Herstellers und seines Produktes nicht nur über von Lebensmitteln ausgehende Gesundheitsrisiken informieren. Sie dürfen eine Warnung vielmehr auch schon dann aussprechen, wenn Lebensmittel – ohne gesundheitsschädlich zu sein – für den menschlichen Verzehr nicht geeignet sind, mithin den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nicht genügen, etwa im Fall von ranzigem Fleisch (§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und Abs. 1a Nr. 2 LFGB). In dieser Vorverlagerung der Befugnis-

¹⁷ Zum Dispens vom Vorbehalt des Gesetzes, vgl. *Schoch* (Fn. 12), 2846.

¹⁸ VO (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.1.2002

¹⁹ BT-Drucks. 16/5404, S. 1 (7); 17/7374, S. 19.

schwelle hat der EuGH²⁰ jüngst zu Recht keinen Verstoß gegen Unionsrecht erkennen können.²¹ Art. 10 BasisVO als Unionsrechtsakt hebt in seinem Wortlaut zwar nur auf Gesundheitsrisiken, nicht auf die Eignung zum Verzehr als Lebensmittel ab. Aus seinem Konnex mit anderen Vorschriften, die auf die Anforderungen der Lebensmittelsicherheit zielen (Art. 17 Abs. 2 UAbs. 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 2, 5 BasisVO), lässt sich aber systematisch ein weiter gehender, auf die Lebensmittelsicherheit zielender Schutzgedanke des EU-Sekundärrechts herleiten.²²

An den Befugnisnormen des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG und des § 40 Abs. 1, 1a LFGB lässt sich deutlich die Übernahme der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe staatlichen Informationshandelns erkennen: In materieller Hinsicht verlangen die Vorschriften Sachlichkeit und Richtigkeit der Information sowie die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.²³ Dem Gebot der Erforderlichkeit genügt staatliches Informationshandeln dabei grundsätzlich nur dann, wenn der Markt und der Meinungsaustausch der Bürger die Informationen nicht bereits selbst, etwa durch Rückrufaktionen betroffener Unternehmen, hervorbringen.

Die faktische Verkürzung effektiven Rechtsschutzes und des Entscheidungsspielraums der Behörde, die § 40 Abs. 1a LFGB vorsieht, rufen zugleich neue verfassungsrechtliche Bedenken auf den Plan.²⁴

²⁰ EuGH, Urt. v. 11.4.13, Karl Berger/Freistaat Bayern, Rs. C-636/11, NJW 2013, 1725 f.; a. A. *Markus Grube*, Dioxin-Krise und öffentliche Warnung vor Lebensmitteln, LMuR 2011, 21 ff. und *Wolfgang Voit*, Die Befugnis zur Information der Öffentlichkeit bei täuschenden, aber die Gesundheit nicht gefährdenden Lebensmitteln, LMuR 2012, 9 ff.; vgl. dazu auch *Schoch*, Das Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation, NVwZ 2012, 1497 (1501 ff.) m. w. N.

²¹ Unionsrechtliche Zweifel weckt jedoch § 40 Abs. 1a LFGB. Viel spricht dafür, dass das Unionsrecht lediglich Produktwarnungen zulässt, nicht aber die Veröffentlichung der Namen von Restaurantbetreibern unabhängig von der Unsicherheit eines Lebensmittels. In diesem Sinne zu Recht VG Karlsruhe, Beschl. v. 7.11.12, 2 K 2430/12, CR 2013, 49 (50); vgl. auch *Stefan Leible/Stephan Schäfer*, Sind § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und Abs. 1a LFGB mit dem Unionsrecht vereinbar?, GewArch 2013, 189 ff.

²² Zu beachten sind dabei aber die Geheimhaltungspflichten aus Art. 7 KontrollVO (VO [EG] 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004), die der Veröffentlichungsbefugnis bei laufenden rechtlichen Verfahren einen engen Rahmen setzen (EuGH [Fn. 20], NJW 2013, 1726 Rn. 33). § 40 Abs. 1a Nr. 2 a. E. LFGB ist auch insoweit unionsrechtlich bedenklich. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gebietet ein Abwarten bis zum Verfahrensende.

²³ Wiewohl die Information als Realakt kein Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG und § 28 Abs. 1 VwVfG damit nicht anwendbar ist, verlangen § 40 Abs. 3 LFGB und § 6 Abs. 1 S. 3, § 5 Abs. 1 S. 2 VIG i. V. m. § 28 VwVfG in formeller Hinsicht die Anhörung Betroffener.

²⁴ Vgl. VGH BW, Beschl. v. 28.1.13, 9 S 2423/12, juris, Rn. 11 ff. sowie OVG NRW, Beschl. v. 24.4.13, 13 B 192/13; *Christian Theis*, Transparenzgesetzgebung bei Lebensmitteln und Verbraucherprodukten, DVBl. 2013, 627 (630 ff.); *Ferdinand Wollenschläger*, Effektiver Rechtsschutz bei informationellen Maßnahmen der öffentlichen Hand am Beispiel der novellierten Informationsbefugnis im Lebensmittelrecht (§ 40 LFGB), DÖV 2013, 7 ff. Mittlerweile liegt dem BVerfG die Bestimmung im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle vor.

Die Anzahl der gesetzlichen Ermächtigungen zu staatlichem Informationshandeln ist inzwischen nahezu unübersehbar geworden. Zur Warnung vor konkreten Gefahren, die von Arzneimitteln (§ 69 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Abs. 4 AMG), Chemikalien (Art. 123 S. 1 REACH-Verordnung i. V. m. § 5 Abs. 2 Nr. 5 ChemG), gefährlichen Produkten (§ 31 Abs. 1, 2 ProdSG), insbesondere Medizinprodukten (§ 28 Abs. 4 MPG), oder von Verstößen gegen das Gentechnikgesetz (§ 28a Abs. 1 GenTG), Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und Diensten sowie Schadprogrammen (§ 7 Abs. 1 und 2 BSI-Gesetz)²⁵, Umweltgefahren (§ 10 Abs. 5 UIG) oder Katastrophen (vgl. etwa § 6 Abs. 2 ZSKG; § 34 HessBKG) ausgehen, halten die Gesetze des Bundes und der Länder ein Geflecht von *gefahrenabwehrenden* Warnungs- und Informationsbefugnissen vor.

Noch breiter ist das Bouquet von Aufgabenzuweisungen zur *vorbeugenden* Aufklärung und Unterrichtung der Bevölkerung, etwa über allgemeine Umweltinformationen (§ 10 Abs. 1 UIG), mögliche, identifizierte und bewertete Risiken gesundheitlicher Art, die Lebensmittel, Stoffe und Produkte für den Verbraucher bergen können (§ 2 Abs. 1 Nr. 12 des Gesetzes über die Errichtung eines Bundesinstituts für Risikobewertung [BfRG]),²⁶ ferner über die Risiken übertragbarer Krankheiten und die Möglichkeiten ihrer Verhütung (§ 3 IfSG), die Luftqualität (§ 46a BImSchG), den Inhalt von Lärmaktionsplänen (§ 47d Abs. 3 S. 4 BImSchG) sowie Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch (§ 13 SGB I). Zu den Unterrichtungspflichten treten zahlreiche Berichtspflichten hinzu, die der Gesetzgeber staatlichen Organen als Teil ihrer Kontrollaufgabe und zum Zwecke der Aufklärung sowie Information der Öffentlichkeit auferlegt. Teil dieser vorsorgenden staatlichen Informationspolitik sind z. B. der Verfassungsschutzbericht (§ 16 Abs. 2 BVerfSchG),²⁷ der Umweltbericht (§ 11 UIG), der Jahreswirtschaftsbericht (§ 2 StabG), der Wohngeld- und Mietenbericht (§ 39 WoGG) oder der Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und Informationssicherheit (§ 26 Abs. 1 BDSG).

Diese vielfältigen Formen staatlichen Informationshandelns beschäftigen die Rechtsprechung immer häufiger. Beispielhaft offenbaren die Warnung vor E-Zigaretten (unten bb) und die kritische Auseinandersetzung einer Bundesbehörde mit einer wissenschaftlichen Publikation (unten cc) die Schwierigkeit der Rechtsdogmatik, mit Konstellationen der Publikumsinformation sachgerecht umzugehen.

²⁵ Vgl. etwa die Warnung des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik vor der Verwendung des Internet Browsers »Windows Explorer« im Jahr 2012.

²⁶ BT-Drucks. 14/8747, S. 27 f.

²⁷ Zu seiner Sonderstellung BVerfGE 111, 63 ff.; *Murswiek*, Der Verfassungsschutzbericht, NVwZ 2006, 769 ff.; zu den Grenzen der Berichterstattung bei bloßem Verdacht jüngst BVerwG, Urt. v. 26.6.2013, 6 C 4.12, NVwZ 2014, 233.

BB) WARNUNG VOR E-ZIGARETTEN

Die wachsende Beliebtheit von E-Zigaretten veranlasste das nordrhein-westfälische Gesundheitsministerium im Dezember 2011, den Handel und Verkauf von E-Zigaretten²⁸ als „gesetzlich verboten“ zu brandmarken, sofern keine arzneimittel- und medizinprodukterechtliche Zulassung erteilt ist.

Das OVG NRW²⁹ sprach der Erklärung unter Hinweis auf die angestrebte Multiplikationswirkung in der Öffentlichkeit eine eingriffsersetzende Wirkung zu. Diese sei nur rechtfertigbar, wenn E-Zigaretten dem AMG und dem MPG unterfallen, was der Senat aber ablehnte.³⁰ Damit sprach er den Zigarettenherstellern den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu. Auch wenn das Ergebnis überzeugt, erweist sich die Begründung als methodisch unsauber: Da ein funktionales Äquivalent zu einem klassischen Grundrechtseingriff vorliegt, ist eine Befugnisnorm erforderlich. § 69 Abs. 4 AMG enthält zwar eine Befugnisnorm, ermächtigt aber „lediglich“ das Bundesamt für Arzneimittel, nicht aber ein Landesministerium. Auf die Anwendbarkeit des AMG und MPG auf E-Zigaretten kam es daher nicht an.

Im Hauptsacheverfahren sah das VG Düsseldorf³¹ – anders als das OVG im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – in der Pressemitteilung des Ministeriums kein funktionales Äquivalent. Der bloße Hinweis auf die Rechtslage rechtfertigt aus seiner Sicht noch keine funktionale Gleichsetzung mit einer Verbotsverfügung. Auch wenn diese Prämisse grundsätzlich stimmig ist, trifft sie nicht den Fall. Die Pressemitteilung des Ministeriums verstand sich ausdrücklich als „Warnung“ und wies auf drohende strafrechtliche Konsequenzen *beim Handel mit E-Zigaretten* hin.³² Sie war darauf gerichtet, diesen zu unterbinden, und insoweit in der Sache einem Verbot funktional äquivalent, sorgte sie doch gezielt für eine drastische Umsatzeinbuße, bevor die Gerichte die Rechtmäßigkeit des Verkaufs von E-Zigaretten rechtskräftig feststellen konnten.

CC) KONRAD LÖW VERSUS BUNDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG

Welches grundrechtsdogmatische Gefährdungspotenzial in der verfassungsgerichtlichen Figur der „Aufgabe der Staatsleitung“ steckt, macht paradigmatisch der Umgang mit einem Aufsatz des Politikwissenschaftlers *Konrad Löw* deutlich. In einer von der Bundeszentrale für politische Bildung (kurz: bpb) herausgegebenen Zeitschrift stellte er die These auf, die Mehrheit der Deutschen habe in der NS-Zeit mit den Juden sympathisiert und sei nicht antisemi-

²⁸ Näher zur Wirkung von E-Zigaretten *Rolf-Georg Müller*, Anm. zu OVG NRW, Beschl. v. 23.4.2012, 13 B 127/12, NVwZ 2012, 767 (769).

²⁹ OVG NRW (Fn. 28), 767 ff.

³⁰ OVG NRW (Fn. 28), 767 f.

³¹ Vgl. VG Düsseldorf, Ur. v. 10.10.2012, 16 K 3792/12, PharmR 2012, 521 ff.

³² Pressemitteilung vom 16.12.2011.

tisch eingestellt gewesen; er beschrieb eine „deutsch-jüdische Symbiose unter dem Hakenkreuz“. Daraufhin distanzierte sich die bpb in einem Schreiben an die Abonnenten der Zeitschrift von dem Beitrag „aufs Schärfste“, bedauerte „diesen Vorgang außerordentlich“ und kündigte an, den Rest der Auflage zu makulieren. Gegen die herabsetzenden Äußerungen setzte sich Löw zur Wehr – letztlich mit Erfolg. Die 1. Kammer des 1. Senats des BVerfG³³ sah das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausgestaltung als Achtung des sozialen Geltungsanspruchs (im Ergebnis) zu Recht verletzt.

Trotz der „erheblichen Stigmatisierung des Betroffenen“ hielt die Kammer eine besondere gesetzliche Eingriffsermächtigung für entbehrlich. Sie gestand der bpb als Behörde im Geschäftsbereich des BMI vielmehr die Berufung auf die der Bundesregierung zukommende Aufgabe der Staatsleitung zu. Sie diene als „kompetenzielle Rechtsgrundlage“³⁴. Dies fügt sich zwar in die Tradition der Rechtsprechung zu Glykol und Osho ein, verwundert aber deshalb, weil das BVerfG im Fall Osho noch klar zwischen Verwaltung und Gubernative trennte³⁵. In dieser Ausweitung der vom BVerfG angenommenen Kompetenz offenbart sich der „Geburtsfehler“ der verfassungsrechtlichen Sonderdogmatik für staatliches Informationshandeln. Es ist zu hoffen, dass das Zugeständnis gegenüber der bpb als Verwaltungsbehörde ein einmaliger Sündenfall des BVerfG bleibt. Anderenfalls wäre der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes jedenfalls hinsichtlich des behördlichen Informationshandelns ernsthaft in Gefahr.

B) STAATLICHES INFORMATIONSHANDELN IM INTERNET

Immer deutlicher erkennt der Staat das Potenzial des Internets als Mittel seiner Informationspolitik. Die Vielfalt praktizierter Anwendungsfelder einer Internet-Staatskommunikation reicht von der Öffentlichkeitsarbeit im Cyberspace als Teil bzw. Annex der Aufgabenwahrnehmung staatlicher Organe (etwa in Gestalt der Internetpräsenz der Bundesregierung, des Video-Chats der Bundeskanzlerin oder der kommunalen Fanpage) bis hin zu verhaltenslenkendem Einwirken auf die Freiheitsausübung durch Hinweise, Warnungen und Empfehlungen.

In zunehmendem Umfang öffnet sich der Staat dabei auch allgemeinen Informationsbedürfnissen der Bevölkerung und dem Wunsch nach Transparenz staatlichen Handelns, sei es – durch die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder – auf individuellen An-

³³ BVerfG, Beschl. v. 17.8.2010, 1 BvR 2585/06, NJW 2011, 511 ff.

³⁴ BVerfG (Fn. 33), NJW 2011, 512, Rn. 23. Das funktionale Äquivalent, welches die Anwendung des Vorbehalts des Gesetzes auslöst, bleibt hingegen unerwähnt. Insofern weicht der Kammerbeschluss – womöglich bewusst – von der Rechtsprechung des 1. Senats ab. Man darf sich nämlich mit Recht fragen, wann – wenn nicht hier – eine *Ersatzmaßnahme* für einen herkömmlichen Grundrechtseingriff vorliegt. Vgl. *Friedrich Schoch*, Die Schwierigkeiten des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193 (195 ff.).

³⁵ Vgl. BVerfGE 105, 279 (306 f.).

trag, sei es – durch Transparenzgesetze – proaktiv und antragsunabhängig.³⁶ Mit der vorgreifenden Bereitstellung verfügbarer staatlicher Informationen verbindet sich zugleich eine Abkehr von der Arkantradition des Primats des Amtsgeheimnisses hin zu einem Open Government.³⁷ Staatliche Datenbanken und Portale (z. B. govdata.de) sollen allen Bürgern vertrauenswürdigen Wissen erschließen und damit nicht nur wirtschaftliches und gesellschaftliches Wertschöpfungspotenzial heben, sondern auch Wissenszugänge als Grundlagen der Meinungsbildung demokratisieren. Als transaktionskostenarmer Umschlagplatz des Hortens und Sammelns sowie Verbreitens von Informationen verkürzt das Internet dabei Informationswege und entkoppelt sie von Raum und Zeit.

Das Internet eröffnet dadurch nicht nur einen neuen technischen Informationskanal zur Verbreitung staatlicher Eigeninformationen (unten aa), sondern auch Chancen einer kollaborativen Generierung von Mehrwert im Zusammenwirken von Staat und Bürger (unten bb), die der Rechtsordnung in dieser Form bislang fremd waren.

AA) KLASSISCHES INFORMATIONSHANDELN MIT STAATLICHEN EIGENINFORMATIONEN VIA INTERNET

Gerade im Wirtschaftsrecht erschließen die Möglichkeiten unkomplizierter Informationsverbreitung und Informationsbeschaffung, die das Internet bietet, staatlicher Informationspolitik neue Anwendungsfelder der Marktsteuerung und Missbrauchsbekämpfung. So haben sich binnen kürzester Zeit zahlreiche Veröffentlichungsregister etabliert. Neben dem Unternehmensregister nach § 8b HGB, dem Arzneimittelzulassungsregister nach § 34 Abs. 1a AMG und dem Standortregister für gentechnisch veränderte Organismen (§ 16a GenTG) sind etwa die Register für Agrarsubventionsempfänger und Vermittler entstanden [unten (1) bis (3)]. Aber auch im Gesundheitswesen ist das Internet mit seinen Möglichkeiten anonymer Informationsbeschaffung als Informationsmittler zur Aufklärung und Entscheidungsunterstützung geradezu prädestiniert.³⁸ Dieser Einsicht folgend verpflichtet der Gesetzgeber das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI), allen Bürgern Informationen zu Arzneimitteln über ein Internetportal bereitzustellen (§ 67a Abs. 2 AMG). Mit ähnlicher Zielrichtung hält das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) auf der Grundlage seines Auftrags zur Öffentlichkeitsarbeit (§ 139a Abs. 3 Nr. 6 SGB V) die Webseite www.gesundheitsinformation.de vor. Während diese Portale in der Öffentlichkeit weitgehend unbekannt sind, hat der sog. Pflege-TÜV eine intensive öffentliche De-

³⁶ Vgl. § 1 Hmb.Transparenzgesetz.

³⁷ Dazu etwa *Mario Martini/Matthias Damm*, Auf dem Weg zum Open Government: Zum Regimewechsel im Geodatenrecht, DVBl. 2013, 1 ff.

³⁸ Vgl. dazu *Martini*, Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln – eine bittere Pille oder süßes Gift für das Gesundheitswesen, WiVerw 2009, 195 (201 f.).

batte über die Zulässigkeitsgrenzen staatlichen Informationshandelns im Internet ausgelöst [unten (4)].

(1) DAS EUROPÄISCHE REGISTER VON AGRARSUBVENTIONSEMPFÄNGERN

Die Verwendung öffentlicher Gelder muss sich grundsätzlich vor der Öffentlichkeit rechtfertigen. Entsprechend diesem Grundgedanken verpflichteten der Rat und die Kommission in den Jahren 2007 und 2008 in zwei Verordnungen³⁹ die Mitgliedstaaten, den Namen, den Wohnort, die Postleitzahl und den erhaltenen Gesamtbetrag der Empfänger öffentlicher Gelder für die Gemeinsame Agrarpolitik (GAP) der EU im Internet zu veröffentlichen.

Agrarsubventionen weisen als Teil des Einkommens zwar einen beruflichen Bezug auf. Ihre Zuordnung zu konkreten natürlichen Personen ist jedoch zugleich ein personenbezogenes Datum, das dem Schutzbereich des Art. 7 und Art. 8 Abs. 1 GrCh unterfällt. Die Veröffentlichung der Namen überschreitet die sachimmanenten Legitimitätsgrenzen. Sie greift in diese Grundrechte ein.⁴⁰ Ihre Rechtfertigung bedarf daher nach Art. 8 Abs. 2 und Art. 52 Abs. 1 GrCh einer gesetzlichen Grundlage – für eine Sonderdogmatik staatlichen Informationshandelns ist in diesem unionsrechtlichen Bereich dann kein Raum.

Die Publikation kann ihre sachliche Rechtfertigung grundsätzlich in dem in Art. 1 UAbs. 2, Art. 10 Abs. 3 S. 2 EUV und Art. 15 AEUV verankerten Transparenzgrundsatz finden.⁴¹ Das gilt aber nur so weit, wie sie zur Zielerreichung tatsächlich geboten ist. Insbesondere ist die Veröffentlichung der Daten von natürlichen Personen auf das Notwendige zu beschränken. Der EuGH spricht der Reichweite der Veröffentlichungen, wie sie das Europäische Register von Agrarsubventionen für natürliche Personen vorgesehen hat, zu Recht die Erforderlichkeit ab. Es sind nämlich Maßnahmen denkbar, die eine Staffelung der Subventionen nach Empfangszeiträumen sowie nach der Höhe vorsehen und insofern weniger eingriffsintensiv wären, ohne die Zielerreichung ernstlich zu gefährden.⁴² Unterdessen bereitet die Union eine neue Verordnung vor, die den sachgerechten Grundgedanken des Registers in unionsrechtskonformer Weise ausgestalten soll.⁴³

³⁹ VO (EG) Nr. 1437/2007 des Rates v. 26.11.2007; VO (EG) Nr. 259/2008 der Kommission v. 18.3.2008.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 9.11.2010, Schecke GbR/Land Hessen, Rs. C-92/09, C-93/09, EuZW 2010, 939 (942, Rn. 59 f.).

⁴¹ EuGH (Fn. 40), 943, Rn. 71.

⁴² EuGH (Fn. 40), 944, Rn. 86; EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07, EuZW 2009, 108 (110, Rn. 56).

⁴³ Pressemitteilung der Kommission vom 25.9.2012: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1006_de.htm?locale=en; Vorschlag der Kommission, COM (2012) 551 final: http://ec.europa.eu/agriculture/funding/regulation/amendment-com-2012-551_de.pdf (6.5.2013).

(2) DAS VERMITTLERREGISTER NACH § 11A GEWO

Versicherungsvermittler gelten als Menschen, die am Schaden anderer und dem unzureichenden Marktüberblick ihrer Kunden verdienen. Knapp zwei Drittel der Verbraucher vermuten im Finanzsektor täuschende Produkte und Anbieter.⁴⁴ Informationsasymmetrien zwischen Verbrauchern und Vermittlern, insbesondere „schwarzen Schafen“, schwächen das Vertrauen in die Branche, gefährden Vertragsabschlüsse und bergen Missbrauchsgefahren.

Dem will das Wirtschaftsrecht Einhalt gebieten. Zu diesem Zweck haben die Industrie- und Handelskammern auf der Grundlage des § 11a GewO ein Vermittlerregister eingerichtet. Es eröffnet jedermann auf Abruf die Überprüfung, ob und in welchem Umfang ein Versicherungsvermittler/-berater (§ 34d Abs. 7 GewO) bzw. Finanzanlagenvermittler (§ 34f GewO) zugelassen ist (§ 11a Abs. 1 S. 3 GewO). Das Register soll so für Transparenz und stärkeren Verbraucherschutz sorgen. Indem es die gewerbebezogenen Daten der Vermittler für jedermann einsehbar macht, wirkt es auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die Berufsfreiheit der Betroffenen (Art. 12 Abs. 1 GG) ein. Diese verbürgt jedoch demjenigen, der seine Dienstleistungen der Öffentlichkeit anbietet, keinen absoluten Schutz vor der Offenlegung markterheblicher Informationen.⁴⁵ Obwohl der Beitrag des Registers zum Verbraucherschutz begrenzt ist, erweist er sich als verhältnismäßiger Eingriff.

(3) „PANKOWER EKELLISTE“ UND „SICHER ESSEN IN BERLIN“

Wer ein Restaurant besucht, bringt der Hygiene der Küche ein Grundvertrauen entgegen. Wer das Ergebnis behördlicher Kontrollen kennt, würde manch ein Restaurant nicht mehr betreten. Um Kunden die Augen zu öffnen und die Betriebe mittelbar zur Einhaltung der Hygienebestimmungen anzuhalten⁴⁶, hat der Berliner Bezirk Pankow 2009 nach dem Vorbild des dänischen Smiley-Systems damit begonnen, Negativlisten kontrollierter Restaurants online zu veröffentlichen. Auf dieser Grundlage hat das Land Berlin seit Mitte 2011 ein den ganzen Stadtstaat erfassendes System („Sicher essen in Berlin“) implementiert.⁴⁷ Es bewertet vornehmlich die Einhaltung von lebensmittel- und hygienerechtlichen Vorschriften, die Rückverfolgbarkeit von Lieferketten sowie den baulichen Zustand der Betriebsstätte. Anhand

⁴⁴ Repräsentative Umfrage des Meinungsforschungsinstituts infas im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes; www.vzbv.de/11703.htm (3.6.2013).

⁴⁵ Vgl. dazu auch *Mario Martini*, Ärzte auf dem Prüfstand, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.), *Innovationen im und durch Recht*, 2010 153 (176).

⁴⁶ Vgl. *Alexander Schink*, Smileys in der Lebensmittelkontrolle, DVBl. 2011, 253 (254); *Guckelberger* (Fn. 4), S. 74 f.

⁴⁷ Die Startseite des Portals, das die Ergebnisse der aktuellen Hygienekontrollen darstellt, ist unterdessen vorläufig stillgelegt.

dieser Kriterien vergeben die Kontrolleure fünf Notenstufen von „sehr gut“ bis „nicht ausreichend“.⁴⁸

Die Veröffentlichung einer Gaststättenbewertung kann als „elektronischer Pranger“ ordnungsrechtlichen Maßnahmen gleichwertig sein. Nicht zuletzt erneuert sich der als aktueller Verbraucherwegweiser gedachte Eingriff⁴⁹ in Art. 12 Abs. 1 GG im Internet ständig und bedarf deshalb auch einer Eingriffsgrundlage.⁵⁰

Ob eine solche besteht, darüber ist ein heftiger Streit entbrannt.⁵¹ Die Berliner Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz sieht sich durch § 6 Abs. 1 S. 3 VIG (§ 5 Abs. 1 S. 2 VIG a. F.) legitimiert.⁵² Zu bezweifeln ist aber schon, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes für die Publikumsinformationen ohne konkreten Erzeugnisbezug eröffnet ist.⁵³ § 1 Nr. 1 VIG nimmt nämlich Erzeugnisse i. S. d. LFGB in Bezug.⁵⁴ Jedenfalls kann sich die Behörde nicht auf die in § 6 Abs. 1 S. 3 VIG vorausgesetzte Veröffentlichungspflicht i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VIG berufen. Diese ermöglicht lediglich die Veröffentlichung von Anforderungsabweichungen sowie damit im Zusammenhang stehende Maßnahmen und Entscheidungen – nicht aber eine Bewertung anhand eines Maluspunktesystems wie "Sicher essen", das nicht allein auf Gesetzesverstöße abhebt.⁵⁵ Es bezieht die Prozessqualität ein, etwa Mitarbeiterschulungen, die über Hygienekontrollen hinausgehen. Aus den gleichen Gründen lässt sich das System auch nicht auf § 2 Abs. 1 Nr. 7 VIG oder § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 1a LFGB stützen. Denn Verstöße müssen sich danach auf Erzeugnisse oder Verbraucherprodukte bzw. konkrete Lebensmittel beziehen. Damit fehlt dem Bewertungssystem „Sicher essen in Berlin“ die erforderliche Rechtsgrundlage. Das VG Berlin hat ihm – de lege lata – zu Recht ein vorläufiges Ende gesetzt.⁵⁶

(4) PFLEGE-TÜV

Wie bei vielen anderen Dienstleistungen erschweren Informationsasymmetrien zwischen Anbietern und Nachfragern in besonderer Weise im Pflegesektor die Suche nach der geeigneten Einrichtung. Berichte über Missstände und Defizite im Leistungsportfolio ambulanter

⁴⁸ Vgl. zu einem ähnlichen System nach § 40 Abs. 1a LFGB oben Fn. 21.

⁴⁹ So auch *Guckelberger* (Fn. 4), S. 83.

⁵⁰ VG Berlin, Urt. v. 28.11.12, 14 K 79.12, juris, Rn. 55 f.

⁵¹ *Schink* (Fn. 46), 253 ff.; *Thomas Holzner*, Verbraucherschutz um den Preis des Rechtsstaats?, DVBl. 2012, 17 ff.

⁵² „Das VIG regelt Ihren Anspruch auf freien Zugang zu allen Daten der amtlichen Lebensmittelüberwachung und gestattet den Behörden, diese Daten zu veröffentlichen.“ (Fn. 47).

⁵³ VG Berlin (Fn. 50), Rn. 59-62.

⁵⁴ Vgl. dazu *Schoch* (Fn. 20), 1497 f.

⁵⁵ VG Berlin (Fn. 50), Rn. 63-71; *Theis* (Fn. 24), 628.

⁵⁶ VG Berlin (Fn. 50), Rn. 50 ff.

und stationärer Pflegeeinrichtungen haben in der Vergangenheit die Bevölkerung verunsichert. Im Zuge der Pflegereform des Jahres 2008 hat der Gesetzgeber daher die gesetzlichen Grundlagen für den sog. Pflege-TÜV gelegt. Er soll die Qualität von Pflegeeinrichtungen auf der Grundlage objektiver Kriterien transparent und vergleichbar machen.⁵⁷ Damit will er Pflegebedürftigen und deren Angehörigen die Wahl einer passenden Pflegeeinrichtung erleichtern. Die Pflegekassen veröffentlichen im Internet – wie auch in jeder Pflegeeinrichtung vor Ort – vergleichend die Ergebnisse unangekündigter Kontrollen gemäß §§ 114, 114a SGB XI des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) – § 115 Abs. 1a S. 1-5 SGB XI. Die Bewertung des MDK erfolgt bei Pflegeheimen anhand von 64 Einzelkriterien, die in eine Gesamtnote zwischen 1 und 5 münden.

Die Bewertungen fallen fast durchweg sehr positiv aus. Das ist allerdings nicht der Qualität der Einrichtungen, sondern einem Konstruktionsfehler des Instruments geschuldet: Der Gesetzgeber hat die Festlegung der Bewertungskriterien einer Verbändevereinbarung der Pflegekassen, der Träger der Pflegeeinrichtungen und anderer Pflegeorganisationen – und damit zum Teil privaten Einrichtungen – anvertraut (§ 115 Abs. 1a S. 6 SGB XI), die sich nicht auf ein aussagefähiges Bewertungssystem verständigt haben. Diese Übertragung von Entscheidungskompetenzen verstößt nicht nur gegen das Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 GG, sieht der Gesetzgeber doch keine institutionellen Vorkehrungen gegen eine Durchbrechung des demokratischen Legitimationszusammenhangs vor.⁵⁸ Die getroffene Verbändevereinbarung verfehlt in ihrem methodischen Zuschnitt auch die gesetzlichen Zielvorstellungen: Ausweislich der Gesetzesbegründung⁵⁹ soll der Pflege-TÜV insbesondere die (Lebens-)Qualität von Pflegeeinrichtungen beurteilen. Tatsächlich bewertet er aber fast ausschließlich die Dokumentation erbrachter Pflegeleistungen, also die *Prozess-*, nicht aber die *Ergebnisqualität*.⁶⁰ Die Verbändevereinbarung gewichtet darüber hinaus die Einzelkriterien nicht entsprechend ihrer Relevanz für die Lebensqualität. Vielmehr fließen alle Ergebnisse in die Gesamtnote mit identischem Gewicht ein. So kann beispielsweise ein gut lesbarer Speiseplan den mangelhaften Umgang mit Medikamenten aufwiegen.⁶¹ Ein aussagekräftiges Urteil über die Gesamtqualität einer Pflegeeinrichtung kann auf dieser Grundlage nicht entstehen. Sind keine validen Kriterien zur Messung der Ergebnisqualität von Pflege verfügbar, so muss sich ein dem Gebot der Objektivität und Sachlichkeit verschriebenes und damit grundrechtlich verantwortbares Bewertungssystem einer Verrechnung nicht gleichwertiger Bewertungsfaktoren

⁵⁷ BT-Drucks. 16/7439, S. 45, 89.

⁵⁸ Mario Martini/Alexandra Albert, Finden, statt suchen? Der Pflege-TÜV und risikoorientierte Suchfunktionen als casus belli (Teil 2), NZS 2012, 247 (248 f.).

⁵⁹ BT-Drucks. 16/7439, S. 89.

⁶⁰ Martini/ Albert, Finden, statt suchen? Der Pflege-TÜV und risikoorientierte Suchfunktionen als casus belli (Teil 1), NZS 2012, 201 (201 f.).

⁶¹ Weitere Beispiele bei Martini (Fn. 3), 575.

enthalten. Dieser Konsequenz verschließen sich die Landessozialgerichte⁶² (mehrheitlich) und das BSG⁶³ (in einem obiter dictum) gegenwärtig jedoch noch. Der Pflege-TÜV ist in seiner jetzigen Form als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG nicht rechtfertigbar.

BB) KOLLABORATIVES INFORMATIONSHANDELN IM WEB 2.0

Staatliches Informationshandeln ist längst auch in dem Kollaborationskanal des Web 2.0 angekommen. Seine Erscheinungsformen – wie die Polizeifahndung via Facebook [unten (1)] und Bewertungsportale öffentlich-rechtlicher Körperschaften [unten (2)] – sind jung. Sie entpuppen sich als Teil einer Collaborative Governance, die im Zusammenwirken von Staat und Bürger zur kooperativen Gemeinwohlkonkretisierung beitragen sollen. Ihre Bedeutung wächst.

(1) POLIZEIFAHNDUNG VIA FACEBOOK

Die Polizei Hannover fahndet seit 2011 unter Berufung auf § 131a Abs. 3 StPO mithilfe ihrer Facebook-Präsenz nach Straftätern. Mit Blick auf die Sensibilität der Informationen und der datenschutzrechtlichen Bedenken am Facebook-Angebot⁶⁴ bittet die Polizei nicht via Kommentarfunktion, sondern ausschließlich per Individualkommunikation um Hinweise der Bevölkerung. Die innovative Fahndungsform kann auf außergewöhnliche Erfolge verweisen.⁶⁵ Das hat einen einfachen Grund: Das Konzept spricht die Bürger dort an, wo sie sich aufhalten. Gerade junge Bürger lassen sich via Facebook unkompliziert und zielgenau erreichen. Der gute Zweck heiligt aber noch nicht die Mittel. Er rechtfertigt insbesondere nicht Verletzungen des Datenschutzes, die Facebook z. B. möglicherweise durch Nichteinholung einer Einwilligung nach § 4c Abs. 1 Nr. 1 BDSG bei der Datenübermittlung in Nicht-EU-Länder begeht.⁶⁶ An ihnen hat die Polizei als Betreiberin der Fanpage nach § 12 Abs. 3 TMG i. V. m. § 3 Abs. 7 BDSG (in unionsrechtskonformer Auslegung im Lichte des Art. 2 lit. d EG-Datenschutzrichtlinie) als Mitverantwortliche teil.⁶⁷

⁶² Vgl. z. B. LSG NRW, Beschl. v. 10.5.2010, L 10 P 10 B ER, juris, Rn. 31; *LSG HESSEN*, Beschl. v. 28.10.2010, L 8 P 29/10 B ER, NZS 2011, 504 (505 f.).

⁶³ BSG, Urt. v. 16.5.2013, B 3 P 5/12 R, NJOZ 2014, 540.

⁶⁴ Dazu etwa *Thilo Weichert*, Datenschutzverstoß als Geschäftsmodell – der Fall Facebook, DuD 2012, 716 (717 f.).

⁶⁵ *Jan Dirk Roggenkamp*, Facebook-Fahndung – Gefällt mir?, K u. R 2013, I (Editorial).

⁶⁶ *Weichert* (Fn. 64), 717.

⁶⁷ Im Einzelnen sehr str.; vgl. *Moos*, Share this – geteilte oder gemeinsame Verantwortung für Datenschutzkonformität in sozialen Netzwerken, ITRB 2012, 226 ff. (229); Mario Martini, Vom heimischen Sofa in die digitale Agora: Online-Partizipation als Instrument einer lebendigen Demokratie?, in: Schliesky/Hill (Hrsg.), Neube-stimmung der Privatheit, 2014, S. 193 (228 ff.).

Im Schlepptau der kollaborativen Bewertungskultur des Internets haben die gesetzlichen Krankenkassen in jüngerer Zeit für ihre Versicherten Arztbewertungsportale konzipiert. Die Sammlung von Einzelbewertungen soll Versicherten die eigene Arztwahl erleichtern und dadurch kostentreibendes Ärztehopping begrenzen. Den Anfang machte der „AOK-Arzt-Navigator“.⁶⁸

Er ermöglicht Versicherten, Ärzte anhand verschiedener Parameter (wie dem Erscheinungsbild der Praxis, der Freundlichkeit des Personals oder der Kommunikation des Arztes) mit Schulnoten zu bewerten. Sobald fünf Versicherte einen Arzt bewertet haben, ist der Durchschnittswert für die Gesamt- und die Einzelleistung online einsehbar. Die Krankenkassen kumulieren so Erfahrungswissen von Patienten und verbreiten dieses.

Doch muss auch ein Arztbewertungsportal gesetzlicher Krankenkassen den Anforderungen an staatliches Informationshandeln genügen. Insbesondere bedarf es einer gesetzlichen Grundlage (vgl. § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V), berühren die Bewertungen doch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Berufsfreiheit des Arztes.

Die Prinzipien des Glykol-Beschlusses, insbesondere das Gebot objektiver Richtigkeit, sind auf solche Bewertungsplattformen, die sich der Architektur des Web 2.0 bedienen, zugleich nicht unbesehen anwendbar. Diese beschränken sich nicht auf eine reine Tatsachenmitteilung. Ihre Steuerungswirkung beruht vielmehr auf der Aggregation rein subjektiver Einschätzungen zu einer Kennzahl, die nur in der Art ihres Zustandekommens, nicht aber in ihrer inhaltlichen Richtigkeit in einer dem Beweis zugänglichen Form überprüfbar ist. Es handelt sich auch nicht um eigene Einschätzungen des Portalbetreibers, sondern um kumulierte Fremdeinschätzungen. Entsprechend kann und braucht der Portalbetreiber nicht für deren sachliche Richtigkeit bürgen. Er hat vielmehr für die Sachgerechtigkeit der Bewertungskriterien und die sachliche Richtigkeit der Ergebnisermittlung der kumulierten Informationen zu sorgen.⁶⁹ Missbräuchlichen Mehrfachbewertungen oder Selbstbewertungen sowie anderen im Schutze der Anonymität ermöglichten Formen des Missbrauchs muss er wirksam begegnen bzw. ihnen vorbeugen. Als grundrechtsgebundener Rechtsträger trifft ihn die Pflicht, durch die Ausgestaltung des Bewertungssystems den Konflikt zwischen der Berufsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht der Bewerteten sowie dem Informationsinteresse der Bevölkerung einem angemessenen und schonenden Ausgleich zuzuführen. Insbesondere muss der Be-

⁶⁸ Die Kassenärztliche Bundesvereinigung als öffentlich-rechtliche Vertretung der Interessen der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen hat mit dem Portal „Krankenkassen-Navigator“ (vgl. www.kbv.de/navigator/41619.html [2.5.2013]) unterdessen auf der Grundlage des § 75 Abs. 2 S. 1 SGB V gleichsam zum „Gegenschlag“ ausgeholt. Vertragsärzte können dort Krankenkassen auf ihr Verhalten gegenüber den Vertragsärzten, insbesondere die Beeinträchtigung der Therapiefreiheit, bewerten.

⁶⁹ Vgl. Martini (Fn. 3), DÖV 2010, 573 (580 f.)

treiber aktiv kommunizieren, dass es sich nicht um eine Empfehlung der Krankenkasse, sondern eine Sammlung von Erfahrungswissen eigener Versicherter – und damit um ein Laienurteil – handelt. Eine kumulierte Durchschnittsnote kann nicht die Qualität der medizinischen Behandlung abbilden. Suggestiert sie dies, widerspricht das dem Gebot der Sachlichkeit.⁷⁰

2. MITTELBARES STAATLICHES INFORMATIONSHANDELN

Staatliches Informationshandeln vollzieht sich nicht notwendig nur unmittelbar durch staatliche Eigen- bzw. Fremdinformationen. Es kann seine Ziele auch mittelbar erreichen, sei es durch staatliche Finanzierung von Informationshandlungen Dritter (unten a), sei es durch Inpflichtnahme Privater als Informationsmittler (unten b).⁷¹

A) STAATLICHE FINANZIERUNG PRIVATER INFORMATIONSHANDLUNGEN, DAS BEISPIEL „LEBENSMITTELKLARHEIT.DE“

Eine besondere Spielart mittelbaren staatlichen Informationshandelns etabliert das Portal „Lebensmittelklarheit.de“. Das Portal ist Teil der Initiative „Klarheit und Wahrheit bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln“ des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV). Verbraucher können dort Produkte melden, von deren Aufmachung oder Kennzeichnung sie sich getäuscht fühlen. Die Internetredaktion des Portals überprüft die Beschwerde, gibt eine eigene Stellungnahme ab und kontaktiert den betroffenen Hersteller, der sich innerhalb einer Frist von grundsätzlich sieben Tagen zum Täuschungsvorwurf äußern kann. Anschließend veröffentlicht der Betreiber die anonymisierte Verbraucherbeschwerde, seine eigene Bewertung sowie die Stellungnahme des Herstellers samt Produktfoto auf dem Portal. Betreiber ist der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. mit Unterstützung der Verbraucherzentrale Hessen, also ein privater Rechtsträger. Der Staat tritt in Gestalt des Finanziers in Erscheinung. Er hat auf der Grundlage eines Haushaltsbeschlusses des Bundestages eine Zuwendung (in Höhe von ca. 1 Mio. €) zur projektbezogenen Förderung ausgesprochen. Das macht das Portal zu einem Hybrid zwischen rein privatem und staatlichem Bewertungsportal.

Wie die anderen kollaborativen Portale macht sich auch dieses Portal die „Weisheit der Vielen“, die Aggregation des in der Bevölkerung verstreuten Wissens, zunutze. Es setzt den Bürger als „Wachhund“ der Redlichkeit im Wettbewerb ein. Sein Ziel ist es, den Meinungsaustausch zwischen Verbraucher und Ernährungswirtschaft zu fördern sowie beide Gruppen mit Hilfe des so geschaffenen Rückkanals für Missstände zu sensibilisieren.

⁷⁰ Zum Ganzen im Einzelnen *Martini* (Fn. 3), 581.

⁷¹ Anders die terminologische Einordnung bei *Steffen Augsberg*, Der Staat als Informationsmittler, DVBl. 2007, 733 (738).

Handelte es sich um einen staatlichen Portalbetreiber, so überstiege eine sachliche und richtige Information unter Anlegung der Glykol- und Osho-Kriterien des BVerfG womöglich schon nicht die Eingriffsschwelle. Denn die Plattform soll keinen klassischen Eingriff ersetzen, sondern Markttransparenz durch einen Informationsaustausch der Bürger herstellen. Eine gesetzliche Grundlage wäre – nach der angreifbaren Rechtsprechung – wohl nicht erforderlich.⁷²

Auf den ersten Blick scheint das erst recht dann gelten zu müssen, wenn der Staat das Portal nicht selbst betreibt, sondern sich auf seine Finanzierung beschränkt, liegt diese doch auf der Vorstufe zum eigentlichen Informationsakt, hier der Veröffentlichung im Netz.

Ein solcher Schluss geht im Ergebnis jedoch fehl. Obgleich der Betrieb eines staatlichen Bewertungsportals rechtfertigbar ist, ist er doch einer Rechtfertigung durch Gesetz bedürftig. Zwar lassen sich die auf dem Portal publizierten Einschätzungen – auch nach dem Wahrnehmungshorizont eines unbefangenen Dritten – nicht unmittelbar dem Staat zurechnen. Allerdings bewegt sich der Staat innerhalb seiner Grundrechtsbindungen, wenn er gezielt Handlungen Privater mittelbar unterstützt bzw. durch seine finanzielle Förderung möglich macht, die auf die Wahrnehmung von Grundrechten Dritter unmittelbar einwirken. Er begibt sich dann in eine Verantwortungsgemeinschaft und muss vorhersehbare Grundrechtsverletzungen des Dritten unterbinden bzw. ihre Finanzierung unterlassen.

So sind an der Neutralität und Objektivität des Portalbetreibers „Verbraucherzentrale“ Zweifel anzumelden. Seine satzungsmäßige Aufgabe ist die Vertretung der Verbraucherinteressen.⁷³ Ihm ist der Anspruch eigen, Verbraucherpositionen gegenüber dem geltenden Recht auszuweiten. Entsprechend greift das Portal einzelne Produkte, die gesetzlichen Anforderungen entsprechen, pars pro toto heraus. Es prangert nach seinem eigenen Anspruch gefühlte, nicht objektive Täuschungen an. Gegen objektive Täuschungen muss die Lebensmittelaufsicht einschreiten (§ 11 LFGB). Subjektive Täuschungen, etwa das Angebot von „alkoholfreiem Bier“, das Alkohol enthält, bewegen sich demgegenüber regelmäßig in den Grenzen, die das Lebensmittelrecht als zulässig absteckt: Das Lebensmittelrecht fordert eine Angabe des Alkoholvolumenprozentsatzes bei Getränken erst ab 1,2 % vol. (§ 3 Abs. 1 Nr. 5 LMKV). Verbraucherpolitisch lässt sich das durchaus kritisieren. Sachgerechter und grundrechtsschonender als die Stigmatisierung eines Unternehmers, der sich bei der Vermarktung seiner Produkte innerhalb der Regeln des Wettbewerbsrechts bewegt, ist es jedoch, durch herstellernerneutrale Information auf eine Änderung des rechtlichen Rahmens hinzuwirken. Realisieren lässt sich das z. B. durch Anbringen eines Dummys im Informationsbereich des Portals, der (stellvertretend für eine Vielzahl von Produkten) auf einen (subjektiven) gesetzli-

⁷² Rechtliche Bewertung des BMELV vom 8.12.2010, S. 9 f (auf Nachfrage beim BMELV erhältlich).

⁷³ § 2 Abs. 1 Satzung des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V., http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Satzung_vzbv.pdf (25.6.2013).

chen Änderungsbedarf⁷⁴ (nicht aber willkürlich auf das Produkt eines bestimmten Unternehmens) hinweist.

Angesichts der grundrechtssensiblen, insbesondere gleichheitsrechtlichen Ausstrahlungen eines solchen Handelns bedarf der Staat für dessen finanzielle Förderung grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage. Das gilt namentlich angesichts der dauerhaften sowie universellen Abrufbarkeit und Verselbstständigung der Portalinformation im Internet. Seiner Verantwortung für derartige Maßnahmen darf der Staat sich dann, wenn Grundrechtsverletzungen voraussehbar sind, nicht dadurch entziehen, dass er auf seinen lediglich finanziellen Unterstützungsbeitrag verweist. Der Ansatz im Haushaltsplan reicht als Legitimation nicht aus, wenn der Staat durch die Förderung Dritte zur Wahrnehmung einer grundrechtssensiblen Informationstätigkeit instrumentalisiert.

Zu einer gerichtlichen Klärung dieser Frage wird es jedoch voraussichtlich nicht kommen. Denn der Imageschaden, der für betroffene Unternehmen von einer Klage ausgeht, ist in der Regel größer als der von einer Erwähnung des Produkts auf der Seite selbst ausgehende Umsatzverlust. So bleibt die Beantwortung der Frage wohl der Wissenschaft vorbehalten.

B) INPFLICHTNAHME PRIVATER ALS INFORMATIONSMITTLER

Statt durch unmittelbare staatliche Eigeninformationen kann der Staat Informationsasymmetrien auch mittelbar durch gesetzliche Auferlegung von Publizitätspflichten gegenüber Privaten bekämpfen. Der Gesetzgeber verlangt dann privaten Rechtssubjekten die Offenlegung von Informationen entweder gegenüber der Öffentlichkeit insgesamt oder – regelmäßig weniger stark eingreifend – jeweils individuell Betroffenen ab, wie z. B. im Falle der Informationspflicht bei Fernabsatzverträgen nach Art. 246 § 2 i. V. m. § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB oder der Verpflichtung zur Offenlegung von Interessenkonflikten gegenüber einem Vertragspartner⁷⁵.

Von diesem Instrument macht der Gesetzgeber insbesondere zum Schutz von Anlegern im Kapitalmarktrecht Gebrauch. So verpflichtet er Emittenten von Finanzinstrumenten zur Veröffentlichung von Insiderinformationen und davon ausgehenden möglichen Interessenkonflikten, z. B. im Falle des Erwerbs von Aktien des eigenen Unternehmens durch Vorstandsmitglieder (§ 15 Abs. 1 WpHG) sowie bei Überschreiten bestimmter Anteilsschwellen (§ 21 Abs. 1 WpHG), ferner zur Angabe bewertungsrelevanter Informationen im Konzernlagebericht (§ 315 HGB) und zur Veröffentlichung eines Jahresabschlusses mit Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung (§ 164 Abs. 1 HGB i. V. m. § 242 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 265 ff. HGB; § 23

⁷⁴ Nach anhaltender Kritik hat der Portalbetreiber reagiert: <http://www.lebensmittelklarheit.de/cps/rde/xchg/lebensmittelklarheit/hs.xsl/6592.htm> (6.5.13).

⁷⁵ Vgl. etwa die Kick-back-Rechtsprechung zu aufklärungspflichtigen Rückvergütungen, dazu etwa BGH, Urt. v. 11.9.2012, XI ZR 363/10, NJW-RR 2013, 98, Rn. 16.

RStV). Mit ähnlichen Grundgedanken legt der Gesetzgeber börsennotierten Unternehmen auf, die Bezüge der einzelnen Vorstandsmitglieder (§ 285 Satz 1 Nr. 9 lit. a Satz 5 bis 7 HGB, § 286 Abs. 5 HGB) sowie Abweichungen von den Empfehlungen der Grundregeln guter Unternehmensführung des sog. „Corporate Governance Codex“ in einer Entsprechenserklärung jedermann auf einer Internetseite öffentlich zugänglich zu machen (§ 161 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 AktG). Ebenso müssen die öffentlichen Unternehmen einiger Bundesländer (vgl. etwa § 2 Abs. 1 nrw Vergütungs Offenlegungsgesetz⁷⁶) sowie die gesetzlichen Krankenkassen im Interesse der Ausgabentransparenz die jährlichen Vergütungen ihrer Vorstandsmitglieder offen legen (§ 35a Abs. 6 S. 2 SGB IV)⁷⁷.

Auch im Interesse des Gesundheitsschutzes und der Gefahrenabwehr nimmt der Staat Private als Informationsmittler in die Pflicht: Krankenhäuser sind verpflichtet, im Abstand von zwei Jahren strukturierte Qualitätsberichte nebst einer Entsprechenserklärung zu den Empfehlungen der Deutschen Krankenhausgesellschaft im Internet zu veröffentlichen (§ 137 Abs. 3 Nr. 4 SGB V).⁷⁸ Rundfunkveranstalter müssen amtliche Katastrophenwarnungen über ihre Sendungen bekannt geben (vgl. z. B. § 29 S. 1 Hessisches Privatrundfunkgesetz). Ähnlich begründet Art. 19 Abs. 1 S. 2 BasisVO eine Informations- und ggf. Rückrufpflicht des Lebensmittelunternehmers, wenn ein nicht sicheres Lebensmittel den Verbraucher bereits erreicht hat.

Als mittelbarer Informationsmittler zwischen Verbrauchern und informationspflichtigen Anbietern fungiert der Staat jüngst auch im Falle der sog. Tankstellen-App: Nach dem schmerzlichen Anstieg der Mineralölpreise an Tankstellen und dem aufkommenden Verdacht, dass die Mineralölgesellschaften ihre Preispolitik koordinieren, hat der Gesetzgeber eine Markttransparenzstelle ins Leben gerufen (§ 47k Abs. 1 GWB). Das Bundeskartellamt gibt über diese Stelle die aktuellen Preisinformationen – regional gestaffelt – in Echtzeit an Handy-Apps, Navigationsgeräte und Internetportale weiter (§ 47k Abs. 5 GWB). Die staatliche Vermittlungsleistung soll der für die Preisentwicklung an den Tankstellen sensibilisierten Öffentlichkeit eine Abstimmung »mit den Füßen« ermöglichen, transparenten Wettbewerb fördern sowie eine Kartellbildung erschweren⁷⁹. Um sich die erforderlichen Preisinformationen zu

⁷⁶ Zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit *Marcus Kreuz*, Die Verfassungswidrigkeit und ökonomische Unzweckmäßigkeit der namentlichen Offenlegung von Vergütungen nach dem Transparenzgesetz NRW, DÖV 2012, 89 ff.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 25.2.2008, 1 BvR 3255/07, NJW 2008, 1435 ff.

⁷⁸ In diese Kategorie fällt auch die Verpflichtung von Pflegeeinrichtungen, die Ergebnisse einer Prüfung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung an gut sichtbarer Stelle *selbst* auszuhängen sowie – in Bayern – die Prüfberichte im Rahmen der Qualitätssicherung vorgenommener Prüfungen (Art. 11 BayPfleWoqG) *selbst* zu veröffentlichen (Art. 6 Abs. 2 BayPfleWoqG). Davon ist die Pflicht zur Duldung einer Veröffentlichung der Pflegekassen zu unterscheiden. Dazu oben III. 1. b aa (4) und BayVGH, Beschl. v. 9.1.2012, 12 CE 11.2700, BeckRS 2012, 45847.

⁷⁹ BT-Drucks. 17/10060, S. 1 f.

beschaffen, legt der Gesetzgeber Betreibern von öffentlichen Tankstellen eine Mitteilungspflicht auf (§ 47k Abs. 2 GWB). Im Laufe dieses Jahres soll die Markttransparenzstelle als Informationsmittler ihre Arbeit aufnehmen.⁸⁰ Ob die Verbraucher für geringe Preisunterschiede weite Fahrtwege in Kauf nehmen, die die Ersparnis dann schnell wieder aufzehren, ob ferner die oligopolartig strukturierten Anbieter die Transparenz nicht nivellierend zur Preis-anpassung nach oben nutzen und so der Teufel mit dem Beelzebub ausgetrieben wird, wird sich noch zeigen müssen.

Mithilfe solcher Publizitätspflichten nimmt der Staat die betroffenen Rechtssubjekte selbst im Interesse des Abbaus von Informationsasymmetrien in die Pflicht. Das soll Informationsvorsprünge verkürzen und eine Entscheidung „auf gleicher Augenhöhe“ ermöglichen. Der Staat wird dann durch klassischen Grundrechtseingriff tätig. Die Verpflichtung Privater zur Eigenpublikation kann gegenüber der staatlichen Publikumsinformation das mildere Mittel sein, ist aber ihrerseits einer strikten Bindung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen. Sie muss zur Befriedigung eines besonderen Informationsinteresses der Bevölkerung erforderlich und angemessen sein. Für die Richtigkeit der Informationen kann der Staat sich dabei nicht vorbehaltlos verbürgen. Er kann lediglich die Einhaltung der Pflichten durch Sanktionsinstrumente (vgl. etwa § 39 Abs. 2 Nr. 4, § 58 Abs. 1 Nr. 17 lit. b LFGB), insbesondere Zwangsmittel und die Bußgeldbewehrung, flankieren. Mittelbares staatliches Informationshandeln geht insofern in der Regel mit einer schwächeren Richtigkeitsgewähr einher. Das Instrument eignet sich vor allem dort, wo der Staat nicht selbst über die erforderlichen Informationen verfügt, um Transparenz herzustellen und eine strategische Ausnutzung von Informationsgefällen zu verhindern. Seine Grenzen erreicht es dort, wo die Bekämpfung akuter Gefahrenlagen, insbesondere im Bereich des Gesundheitsschutzes, schnelles Handeln und zuverlässige Information erfordert.

⁸⁰ § 9 Abs. 1 MTS-Kraftstoff-Verordnung, BGBl. 2013, I S. 595.

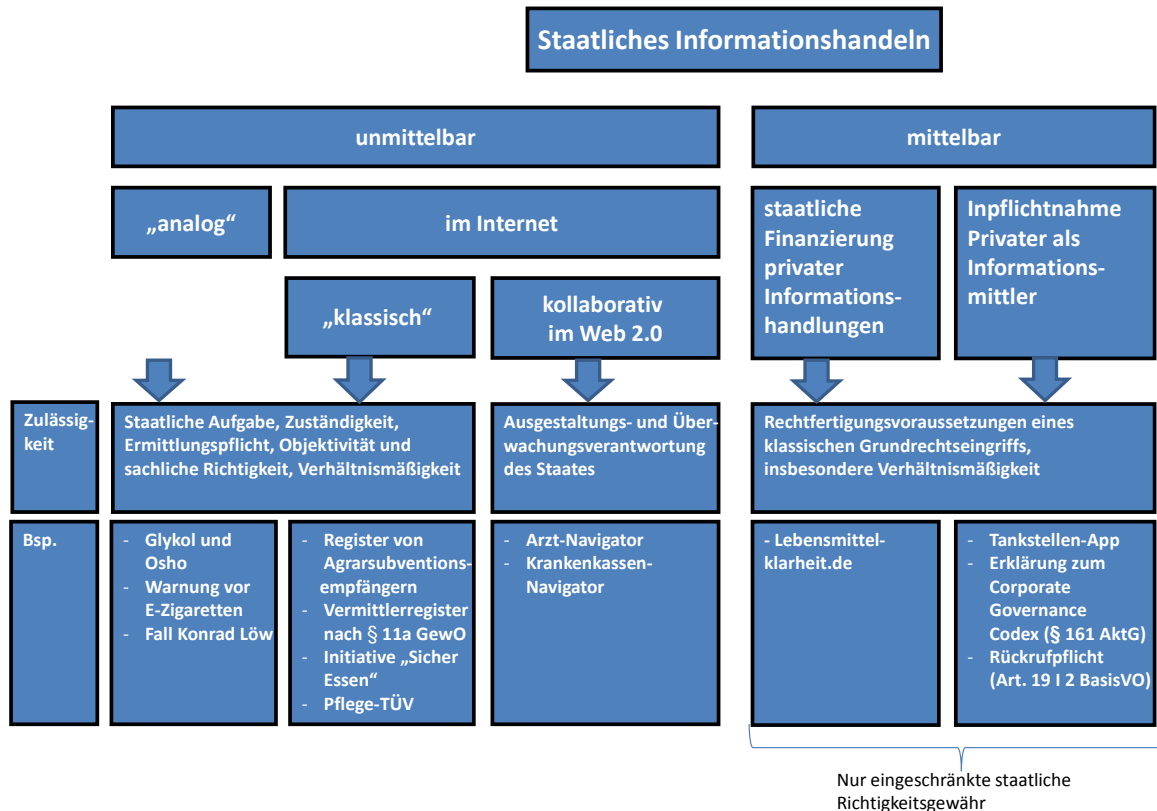


Abbildung: Staatliches Informationshandeln (eigene Darstellung)

IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR DIE GRUNDRECHTSDOGMATIK

In der Ausweitung staatlichen Informationsinterventionismus – von der Ampelkennzeichnung für Lebensmittel bis hin zu Schockfotos auf Zigarettenschachteln – sieht mancher in unserer Rechtsordnung eine paternalistische⁸¹, geradezu perfide wirkende staatliche „Spaßbremse“ heranwachsen. Sie trägt zugleich aber neuen Gefährdungslagen und einem gewandelten Vorsorgeverständnis in einer komplexen Gesellschaft Rechnung. Die Rechtsprechung des BVerfG hat für dieses staatliche Informationshandeln eine grundrechtliche Sonderdogmatik geschaffen, die dem Leviathan den Rücken eher stärkt, als ihn einzuhegen. Sie entpuppt sich als Bruch in der Grundrechtsdogmatik. Ihr liegt zwar ein legitimes Anliegen zugrunde: Sie will der Sozialgebundenheit und Dynamik jeglichen wettbewerblichen Verhaltens Rechnung tragen, indem sie nicht jedes Einwirken des Staates auf den Markt pauschal einem Rechtfertigungsvorbehalt unterwirft. Sie tut dies jedoch um den Preis, dem Grundrecht einen Vorbehalt der Marktfunktionsfähigkeit zu unterlegen, der so nicht in ihm angelegt ist. Marktversagen rechtfertigt Eingriffe, enthebt sie aber nicht ihrer Legitimationsbedürftigkeit.

⁸¹ Augsberg (Fn. 71), 735; Murswiek (Fn. 12), 7.

Selbst wenn man die Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht verstehen mag, das auf eine Konkretisierung durch das einfache Recht angelegt ist, so rechtfertigt dies noch nicht den Verzicht auf eine wertende Zuordnung der widerstreitenden Interessenssphären durch eine gesetzliche Grundlage. Für Informationen der Verwaltung hat der Gesetzgeber zwar inzwischen versucht, einen adäquaten Rechtsrahmen zu schaffen. Für regierungsamtliches Handeln stellt das Bundesverfassungsgericht aber weiter eine *carte blanche* aus.

Diese Sonderdogmatik fördert eine Widersprüchlichkeit zutage: Einerseits misst das BVerfG mit besonderer Akribie, wenn der Staat im Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung tätig wird. Demgegenüber blendet es beim regierungsamtlichen Informationsakt den Vorbehalt des Gesetzes großzügig aus.⁸² Wie nahe dabei aber die Grenzen beieinanderliegen können, verdeutlicht die Veröffentlichung persönlicher Informationen über Agrarsubventionsempfänger ebenso wie die namentliche Nennung eines „Meinungsführers“ in einer Aufklärungsstudie über Rechtsextremismus der Stadt Dortmund⁸³. Eine konsequente Durchsetzung des Anliegens des Vorbehalts des Gesetzes und seiner Rechtfertigungsanforderungen bedingt, die Anforderungen an einen Grundrechtseingriff nicht zu hoch zu hängen und die strengen Maßstäbe des Grundrechtsschutzes auf alle Handlungsformen einheitlich anzuwenden. Die rechtlichen Anforderungen an staatliches Informationshandeln (Zuständigkeit, Ermittlungspflicht, Sachlichkeit und Richtigkeit der Information sowie das Verhältnismäßigkeitsgebot; oben II.) sind nicht auf der Ebene des Schutzbereichs oder Eingriffs, sondern auf der Rechtfertigungsebene sachgerecht verortet. Denn hier ist der grundrechtsdogmatisch stimmige Platz, die rationalisierende Funktion der Abwägung zu entfalten und ihr Ergebnis auf den sachgerechten Ausgleich der kollidierenden Interessen zu überprüfen.

Bei staatlichem Informationshandeln im klassischen Sinne und im mitmachorientierten Web 2.0 lassen sich in der grundrechtsdogmatischen Würdigung Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede ausmachen. Eine effektive Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes macht einerseits für beide Handlungsformen eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich. Die jederzeitige und weltweite Verfügbarkeit von im Internet verbreiteten Informationen sowie ihre weitgehende Verselbstständigung erhöhen die Rechtfertigungsanforderungen an die Publikumsinformation. An kollaborativ arbeitende Informationsplattformen des Staates sind dabei andererseits nicht die gleichen Anforderungen der Objektivität und sachlichen Richtigkeit der Informationen zu stellen wie an amtliche Eigeninformationen von Hoheitsträgern. Schon ihrem Wesen nach kann die Aggregation von Bürgermeinungen den Anforderungen des Glykolbeschlusses an die Veröffentlichung von Informationen nicht entsprechen. Sie braucht dies auch nicht. Denn Meinungen sind auf sachliche Richtigkeit nicht überprüfbar. Wenn der

⁸² Vgl. III. 1. a cc.

⁸³ VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 28.9.12, 12 L 874/12, BeckRS 2012, 57801: Das VG sah einen Rekurs auf den Aufgabenkreis der kommunalen Selbstverwaltung zur Rechtfertigung als ausreichend an, ohne eine explizite gesetzliche Grundlage zu verlangen.

Staat sich bei kollaborativem Handeln als Informationsmittler der kollektiven Intelligenz bedient, hat er aber Sorge zu tragen, dass die Aggregation der Meinungen manipulationsfrei und unter Verwendung eines dem Sachlichkeitsgebot angemessenen Bewertungssystems erfolgt. Es muss die widerstreitenden grundrechtlichen Positionen zum Ausgleich bringen und damit eine einseitige Benachteiligung der Bewerteten hinreichend sicher ausschließen. Nicht zuletzt da sich im Cyberspace verbreitete Informationen durchaus belastender auf Betroffene auswirken können als ordnungsrechtliche Maßnahmen, trifft den Staat eine besondere Ausgestaltungsverantwortung für die kollaborative Plattform.

V. FAZIT UND AUSBLICK

Die Vielfalt neuer Anwendungsmöglichkeiten des Wissenstransfers, die das Internet eröffnet, ebnet staatlicher Informationstätigkeit ungeahnte neue Wege. Kaum ein Monat vergeht, in dem nicht ein neuer Vorschlag für ein Register oder ein Internetportal die Runde macht, das realen oder vermuteten Missständen Einhalt gebieten soll, sei es ein Korruptionsregister, das Verstöße von Unternehmen oder anderen Handlungsträgern ausweist, sei es ein Gender-Register, das die Einhaltung von Frauenquoten in Unternehmen überprüfbar macht, sei es ein Approbationsregister, um Ärzten, die ohne Approbation tätig werden, auf die Schliche zu kommen⁸⁴. Damit verbinden sich Chancen für eine Verbesserung der Kommunikationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger gleichermaßen wie, für die Befriedigung des Informationsbedürfnisses einer aufgeklärten, demokratischen Öffentlichkeit sowie für den Abbau von Informationsasymmetrien zwischen Verbrauchern und Anbietern. Gleichzeitig birgt eine so weitgehende staatliche Informationstätigkeit Risiken für die Privatheit sowie Gefahren einer unkontrollierten Auswucherung staatlicher Fürsorge und des Missbrauchs im wettbewerbsrechtlichen Kampf um den guten Ruf im Internet. Gerade die Leichtigkeit, mit der im Internet Informationen ubiquitär verbreitet und auf Dauer,⁸⁵ häufig irreversibel, vorgehalten werden, erhöht die grundrechtliche Virulenz staatlichen Informationshandelns. Sie gebietet einen sorgsamsten Umgang und eine Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügende Achtung der betroffenen informationellen Selbstbestimmungsrechte und der beruflichen Entfaltungsfreiheit. Nicht jede öffentliche Erregung rechtfertigt insbesondere die Einrichtung eines öffentlich-rechtlichen Portals oder Registers im Internet, mit dem Bürger ihrer Unzufriedenheit mit bestimmten Leistungen oder Umständen Luft verschaffen können, etwa ein

⁸⁴ Vorschlag der baden-württembergischen Sozialministerin vom 4.2.13, vgl. <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/aerzteskandale-sozialminister-fordern-blacklist-fuer-kriminelle-aerzte-a-881322.html> (6.5.2013).

⁸⁵ Daher eine Befristung der Information fordernd OVG NRW, Beschl. v. 24.4.2013, 13 B 215/13, juris, Rn. 19 ff.

Portal zur Bewertung von Richterurteilen, die sich nicht mit der öffentlichen Meinung decken. Ein solches Portal wäre mit der richterlichen Unabhängigkeit wohl unvereinbar.⁸⁶

In der Rolle des Katalysators der Meinungsbildung nehmen staatliche Organe eine sensible Funktion wahr: Einerseits bilden Informationen als integraler Bestandteil der Meinungsbildung die Hefe im Reifungsprozess der Demokratie. Diese lebt vom offenen Meinungsaustausch. Andererseits hat dieser Schlagabtausch auch immer die Schutzrechte von Minderheiten und die Grundlagen kommunikativer Chancengleichheit im öffentlichen Diskurs zu respektieren. Diese gelten auch für unbeliebte Meinungsträger. Der Erinnerung bedurfte das etwa in der Auseinandersetzung von Amtsträgern mit der NPD im öffentlichen Diskurs. Das BVerfG sah sich zu Recht zu der Klarstellung veranlasst, dass auch die NPD gegen eine Diffamierung und Benachteiligung im politischen Wettbewerb Schutz genießt.⁸⁷ Interessanterweise schweigt sich das BVerfG zur Frage nach der „verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage“ der Äußerungen zur NPD im öffentlichen Diskurs aus.⁸⁸ Dies verwundert, war es doch in den vorausgegangenen Entscheidungen mit der Aufgabe der Staatsleitung schnell bei der Hand. Möglicherweise zeugt dies von einer Sensibilisierung des Gerichts angesichts der anhaltenden Kritik der Literatur. Zu hoffen wäre es.

Der Grat zwischen sachgerechtem Verbraucherschutz und unzulässigem staatlichem Pranger ist schmal. Gerade an den Beispielen „Arzt-Navigator“ und „Lebensmittelklarheit.de“ wird das deutlich. Die (angreifbare) Dogmatik des BVerfG zum staatlichen Informationshandeln lässt sich nicht allen denkbaren Sachverhalten staatlichen Informationshandelns überstülpen. Frei nach *Thomas Hobbes* sollte der Staat vielmehr stets das Gesetz als sein Gewissen einsetzen, wenn er im Bereich der Grundrechtsverwirklichung informierend auftritt.

⁸⁶ Mindestens als bedenklich sind insoweit entsprechende private Seiten, wie www.marktplatz-recht.de oder die (nicht mehr aktualisierte Seite) www.richterdatenbank.net einzustufen.

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 20.2.2013, 2 BvE 11/12, NVwZ 2013, 568 (569, Rn. 22 f.).

⁸⁸ BVerfG (Fn. 87), 569, Rn. 22.